RESOLUCIÓN 308/2022, de 18 de abril

Artículos: 2 y 24 LTPA; 14.1 h) y 22.2 LTBG

Asunto: Reclamación interpuesta por *XXX* contra el Ayuntamiento de Cantillana (Sevilla), por denegación de información pública.

Reclamación: 399/2021

Normativa y abreviaturas: Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía (LTPA); Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno (LTAIBG); Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP)

ANTECEDENTES

Primero. La ahora reclamante presento el 18 de mayo de 2021, la siguiente solicitud de información dirigida al Ayuntamiento de Cantillana (Cádiz) con el siguiente contenido literal:

> *"(…) El 20 de abril de 2021 se reunió la Mesa de Contratación para la adjudicación del contrato de actividades acuáticas y de ocio en la piscina municipal de verano de Cantillana, reunión en la que se propuso la adjudicación del contrato a la empresa Campusport, S.L.*
>
> *"Solicita*
>
> *"La siguiente información pública relativa a la proposición presentada por la empresa Campusport, S.L.:*
>
> *"(1) una copia electrónica del Plan de Actuación (valorado con 25 puntos), y (2) una copia electrónica de las mejoras (valoradas con 15 puntos), todo ello al amparo de lo establecido por la Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía, en su Título III, sobre el derecho de acceso a la información pública*."

Segundo. El 22 de junio de 2021 tuvo entrada en el Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía (en adelante, el Consejo) reclamación contra la ausencia de respuesta de la solicitud de información.

Tercero. Con fecha 29 de junio de 2021, el Consejo dirige a la persona reclamante comunicación de inicio del procedimiento para la resolución de la reclamación. El mismo día se solicitó a la entidad reclamada copia del expediente derivado de la solicitud de información, informe y alegaciones que tuviera por conveniente plantear en orden a resolver la reclamación. Dicha solicitud es comunicada, asimismo, por correo electrónico de fecha 29 de junio de 2021 a la Unidad de Transparencia (u órgano equivalente) respectiva. Hasta la fecha no consta a este Consejo respuesta alguna del Ayuntamiento reclamado a la documentación solicitada.

Cuarto. El 17 de agosto de 2021 tiene entrada en el Consejo escrito de alegaciones complementarias del reclamante, tras recibir escrito de la entidad reclamada con el siguiente contenido literal:

> "*Le comunico que una vez dada audiencia a la empresa contratista de actividades acuáticas de la piscina de verano, Campusport, S.L., en relación a la documentación que Vd. ha solicitado, por contener declaración de confidencialidad la misma, la empresa ha presentado el escrito que se le acompaña.*
>
> *"Dado los intereses en juego, hay que recordar que según el artículo 133.1 de la LCSP:*
>
> *"Sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación vigente en materia de acceso a la información pública y de las disposiciones contenidas en la presente Ley relativas a la publicidad de la adjudicación y a la información que debe darse a los candidatos y a los licitadores, los órganos de contratación no podrán divulgar la información facilitada por los empresarios que estos hayan designado como confidencial en el momento de presentar su oferta. El carácter de confidencial afecta, entre otros, a los secretos técnicos o comerciales, a los aspectos confidenciales de las ofertas y a cualesquiera otras informaciones cuyo contenido pueda ser utilizado para falsear la competencia, ya sea en ese procedimiento de licitación o en otros posteriores."*
>
> *"Por ello, esta Alcaldía, en orden a salvaguardar los derechos e intereses legítimos de la empresa contratista Campusport, S.L., de conformidad con el artículo citado de la Ley de Contratos del Sector Público 9/2017, de 8 de noviembre, no puede facilitar las copias que solicita en su escrito, tanto del Plan de actuación (valorado con 25 puntos), como de las mejoras (valoradas con 15 puntos), por haber sido designada como confidencial por el licitador en el momento de presentar su oferta, y considera que el informe que se le adjunta, de fecha 19/04/2021, y que fue publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público el día 21-5-2021, emitido por el Técnico de Deportes Municipal, contiene de manera clara y suficiente los datos esenciales de la oferta a los que se ha dado la debida divulgación pública a través de dicho medio, junto a los de la otra empresa presentada.*"

Quinto. Con base en lo previsto en el articulo 82 de la de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, el 2 de septiembre de 2021 se le concede trámite de audiencia a la entidad reclamada, sin que hasta la fecha se haya presentado alegación alguna.

Sexto. Con fecha de 2 de marzo de 2022, se concede trámite de audiencia previsto en el artículo 24.3 LTAIBG a la adjudicataria del contrato.

Séptimo. Con fecha de 11 de marzo de 2022 se recibe escrito de la adjudicataria en la que manifiesta dificultades técnicas para la recepción del oficio remitido. Además, adjuntan copia de las alegaciones presentadas ante la entidad reclamada en la tramitación de la petición inicial de información:

> *1.- Sobre la copia electrónica del plan de actuación, Campusport ya declaró su oferta técnica como confidencial en el sobre de documentación administrativa, no obstante venimos a reiterarnos tal y como se expresa a continuación: Toda la documentación técnica aportada y en cuya página rece "CONFIDENCIAL", es*

a nuestro parecer, constitutiva de confidencialidad por las siguientes cuestiones que a continuación se enumeran,

PRIMERO.- Consideramos que la difusión a terceros puede ser contraria a nuestros intereses comerciales legítimos, así como perjudicar la leal competencia entre las empresas del sector o bien estén comprendidas en las prohibiciones establecidas en la Ley de Protección de Datos de Carácter Personal, así como las leyes de Propiedad Intelectual e incluso, según el caso, en las de Propiedad Industrial.

SEGUNDO.- Comporta una ventaja competitiva para nuestra empresa, al tratarse de labores desarrolladas y perfeccionadas desde hace 25 años, que si en este momento le fuese dado acceso a su visión a otro licitador, nuestro buen hacer podría ser plasmado por esta en futuros concursos, ya que se trata de información verdaderamente reservada de carácter técnico y comercial. Describe las propuestas de ejecución que contienen políticas empresariales que constituyen la estrategia original de nuestra empresa y que no debe ser conocida por los competidores, porque constituiría una afectación a sus estudios propios, su formulación original de carácter técnico, de articulación de medios humanos,.... (JCCA Aragón Inf 15/2012) y vendría a restarnos una ventaja competitiva en futuras licitaciones, por el simple hecho de darle acceso a una información que desconoce.

TERCERO.- Por otra parte, nuestro proyecto es nuestro verdadero valor estratégico en las licitaciones en las que participamos, y en caso de ser mostrado, tal y como hemos citado antes, afectaría a nuestra competencia en el mercado, ya que, de ser mostrada, por un lado, esto nos podría igualar en futuras licitaciones, y por otro, se expondrían de manera pública ventajas competitivas que son fruto de nuestro esfuerzo, intelectual y económico, caso de que no fuese respetada su confidencialidad.

CUARTO.- También por ser un conjunto de conocimientos que no son de dominio público y que resultan necesarios para la prestación del servicio, y que por ello procuramos mantener como una ventaja competitiva en el mercado, esforzándonos en conservar su secreto, evitando su divulgación, ya que para nosotros comporta un verdadero valor estratégico y podría afectar a nuestra competencia en el mercado (TACRC Resol 24/2019).

QUINTO.- Finalmente, recordar a esta administración, que otra cuestión del valor de la oferta presentada reside en que dentro de la propia propuesta técnica, se encuentra el diseño de la información presentada, la maquetación de la propuesta, la didáctica en sus explicaciones, así como la metodología empleada para su exposición, siendo estas cuestiones también importantes para esta licitadora y siendo las mismas declaradas confidenciales, al tratarse de cuestiones que se encuentran presentes en todo el proyecto técnico, por el modo de hacer y explicar nuestras oferta, más allá de la información que se esté aportando en cada momento.

En el caso de que esta administración, decidiese dar difusión a nuestro proyecto por cualquier tipo de motivo, solicitamos, el ser informados con anterioridad a que este hecho suceda, con el fin de poder ejercer nuestro legítimo derecho de oposición a la citada medida.

2.- Sobre la copia electrónica de las mejoras, Campusport llevará a cabo la ejecución de las mismas durante cada uno de los años de servicio tal y como así se ha comprometido en su oferta.

Octavo. El Consejo remite de nuevo el trámite de audiencia a la adjudicataria, notificándose finalmente el día 22 de marzo de 2022.

Noveno. Con fecha de 28 de marzo de 2022 se recibe escrito de la empresa adjudicataria, con el siguiente contenido, en lo que ahora interesa:

> *Por la presente, venimos a reiterarnos en el escrito de contestación presentado ante el Ayuntamiento de Cantillana, el pasado 5 de agosto de 2021, en el que, por una parte, declarábamos confidencial nuestra propuesta técnica (Plan de actuación), y por otra parte, nos comprometíamos a llevar a cabo todas las mejoras propuestas en nuestra oferta.*

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero. La competencia para la resolución de la reclamación interpuesta reside en el Director del Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía, de acuerdo con lo previsto en el artículo 48.1.b) de la Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía (en adelante, LTPA).

Debe destacarse a su vez que, en virtud del artículo 16.5 del Decreto 434/2015, de 29 de septiembre, por el que se aprueban los Estatutos del Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía, *"[e]l personal funcionario del Consejo, cuando realice funciones de investigación en materias propias de la competencia del Consejo, tendrá el carácter de agente de la autoridad*", con las consecuencias que de aquí se derivan para los sujetos obligados en relación con la puesta a disposición de la información que les sea requerida en el curso de tales funciones investigadoras.

Segundo. Antes de abordar el examen de la reclamación, el Ayuntamiento no ha contestado al requerimiento de informe y expediente desde que le fue solicitado el 29 de junio de 2021 por este Consejo. A este respecto, resulta oportuno recordar que la falta de colaboración en la tramitación de la reclamación puede igualmente resultar constitutiva de infracción, según prevé el citado régimen sancionador.

De conformidad con lo establecido en el artículo 28 LTPA, *"el procedimiento para el ejercicio del derecho de acceso se regirá por lo establecido en la legislación básica en materia de transparencia y por lo previsto en esta Ley".* Por su parte, el artículo 24.3 Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno (en adelante LTBG). establece que *"[l]a tramitación de la reclamación se ajustará a lo dispuesto en materia de recursos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común".* Con base en ese marco normativo, este Consejo, una vez que tiene entrada la reclamación, procede a solicitar al órgano reclamado de la información el expediente derivado de la solicitud de información, que esencialmente se refiere a la propia solicitud de información y cuantas actuaciones se deriven de la misma; es decir, fecha en la que tuvo entrada su solicitud en el órgano, trámites de alegaciones concedidos *ex* 19.3 LTBG a personas que puedan resultar afectadas, contestación de los interesados, emisión de informes al respecto, acuerdos de ampliación de plazo, resolución acordada y fecha de notificación y cuantos otros trámites sean acordados durante el procedimiento de resolución. Igualmente

se solicita al órgano un informe y cuantos antecedentes, información o alegaciones consideren oportuno para la resolución de la reclamación.

Esta solicitud se realiza no sólo por estar regulado expresamente para la resolución de las reclamaciones, sino porque se considera preciso para que este Consejo disponga de los elementos de juicio necesarios y conozca la posición del órgano ante las alegaciones vertidas en la reclamación. Por tal razón, no resulta casual que el artículo 52.2.c) LTPA disponga como infracción grave en la que pueden incurrir las autoridades, directivos y personal de los órganos reclamados *"[l]a falta de colaboración en la tramitación de las reclamaciones que se presenten ante el Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía".*

En el caso que nos ocupa, y como se refleja en los antecedentes, fue solicitada al Ayuntamiento la citada documentación e informe y, hasta la fecha, no consta que haya tenido entrada en este Consejo.

Comoquiera que sea, conforme a lo previsto en el artículo 80.3, puesto en relación con el artículo 22.1.d), ambos de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, se prosiguen las actuaciones en orden a resolver la reclamación interpuesta.

Tercero. Según establece el artículo 24 LTPA, todas las personas tienen derecho a acceder a la información pública sin más limitaciones que las contempladas en la Ley. Esto supone que rige una regla general de acceso a la información pública, que sólo puede ser modulada o limitada si se aplican, motivadamente y de forma restrictiva, alguno de los supuestos legales que permitan dicha limitación.

Así es; tal y como tuvimos oportunidad de declarar ya en la Resolución 42/2016 -y venimos desde entonces reiterando-, nuestro régimen de acceso a la información pública se asienta sobre la siguiente premisa:

"*Este acceso se configura como un verdadero derecho, que en su vertiente procedimental lleva a establecer la regla general del acceso a dicha información. Constituye pues la excepción la denegación o limitación del acceso"* (Exposición de Motivos, II, de la LTPA). Se presume, pues, la publicidad de los "*contenidos o documentos*" que obren en poder de las Administraciones y "*hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones*" [art. 7 b) de la LTPA], de tal suerte que, en línea de principio, ha de proporcionarse la información solicitada por la ciudadanía. [...] Por consiguiente, recae sobre la Administración –y sobre el tercero afectado que se oponga a la solicitud de información- la carga de argumentar la pertinencia de aplicar algún límite que justifique la denegación del acceso a la misma.» (Fundamento Jurídico Tercero).

Así ha venido por lo demás a confirmarlo el Tribunal Supremo en la Sentencia n.º 1547/2017, de 16 de octubre (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera): *"La formulación amplia en el reconocimiento y en la regulación legal del derecho de acceso a la información obliga a interpretar de forma estricta, cuando no restrictiva, tanto las limitaciones a ese derecho que se contemplan en el artículo 14.1 de la Ley 19/2013 como las causas de inadmisión de solicitudes de información que aparecen enumeradas en el artículo 18.1, sin que quepa aceptar limitaciones que supongan un menoscabo injustificado y desproporcionado del derecho de acceso a la información. [...] Asimismo, la posibilidad de limitar el derecho de acceso a la información no constituye una potestad discrecional de la Administración o entidad a la que se solicita información, pues aquél es un derecho reconocido de forma*

amplia y que sólo puede ser limitado en los casos y en los términos previstos en la Ley…" (Fundamento de Derecho Sexto).

Cuarto. La presente reclamación tiene su origen en una solicitud de información dirigida al Ayuntamiento de Cantillana (Sevilla) con la que se pretendía obtener determinada información sobre una licitación publica. Debemos remarcar que no hemos tenido acceso al expediente por parte de la entidad reclamada ni han proporcionado alegaciones frente a la reclamación presentada.

Según escrito remitido por el interesado en sus alegaciones complementarias, la entidad reclamada deniega el acceso alegando lo siguiente: *"no puede facilitar las copias que solicita en su escrito, tanto del Plan de actuación (…), como de las mejoras (…), por haber sido designada como confidencial por el licitador en el momento de presentar su oferta".* Entendemos que el Ayuntamiento basa la inadmisión de la solicitud en base al articulo 14.1 LTAIBG, que establece como límite al acceso a la información pública "los intereses económicos y comerciales".

Por su parte, la entidad adjudicataria, en fase de reclamación, ha presentado alegaciones en los mismos términos que hizo durante la tramitación de la solicitud. Afirma la adjudicataria que la información solicitada "*Comporta una ventaja competitiva para nuestra empresa, al tratarse de labores desarrolladas y perfeccionadas desde hace 25 años, que si en este momento le fuese dado acceso a su visión a otro licitador, nuestro buen hacer podría ser plasmado por esta en futuros concursos, ya que se trata de información verdaderamente reservada de carácter técnico y comercial*".

Respecto a la aplicación de los límites contenidos en la LTAIBG, ha de tenerse presente que el artículo 25.3 LTPA se circunscribe a transcribir en idénticos términos lo establecido en el apartado 2 del art. 14 LTAIBG: "*La aplicación de los límites será justificada y proporcionada a su objeto y finalidad de protección y atenderá a las circunstancias del caso concreto, especialmente a la concurrencia de un interés público o privado superior que justifique el acceso*".

Según viene sosteniendo de forma ininterrumpida este Consejo, de la lectura conjunta de tales preceptos (art. 14.1 y 2 LTAIBG y art. 25.3 LTPA) se desprende que la aplicación de los límites se articula como un proceso argumentativo que se despliega en tres fases o momentos sucesivos:

> "[…] *la aplicación de los límites previstos en el art. 14.1 LTAIBG ha de efectuarse en el curso de un proceso integrado por los siguientes pasos: en primer término, debe constatarse que los "contenidos o documentos" [art. 2.a) LTPA] a los que se quiere acceder inciden realmente en la materia definitoria del límite en cuestión (…); acto seguido, ha de identificarse el riesgo de un perjuicio "concreto, definido y evaluable" en el supuesto de concederse el acceso, así como argumentarse la existencia de una relación de causalidad entre el perjuicio y la divulgación de la información solicitada; y finalmente, una vez superado este test, aún habría de determinarse, atendiendo a las circunstancias concurrentes en el caso concreto, si los beneficios derivados de la evitación del perjuicio han de prevalecer sobre los intereses públicos o privados que pueda conllevar la difusión de la información*" (así, entre otras, las

Resoluciones 81/2016, FJ 6º; 120/2016, FJ 3º; 31/2017, FJ 4º; 52/2017, FJ 4º; 143/2019, FJ 5º; 300/2020, FJ 4º).

Procede pues analizar si concurren estos requisitos en la aplicación de los límites invocados.

Quinto. Con carácter previo, debemos analizar la motivación de la entidad reclamada de la denegación del acceso, que se fundamenta en la declaración de confidencialidad que la empresa contratista realizó en la tramitación del expediente de contratación con base en el artículo 131.1 LCSP.

Este Consejo entiende que, si bien esa declaración puede y debe ser tenida en cuenta en la aplicación de los límites previstos en el artículo 14.1 LTAIBG, no puede condicionar la decisión sobre el acceso a la información, que debe fundamentarse en la aplicación de los citados límites. Hemos venido afirmando que las declaraciones de confidencialidad establecidos por la normativa específica que afecten a una información que haya sido objeto de solicitud de acceso, deben interpretarse en el marco de la normativa de transparencia. Así, en la Resolución 58/2022, en relación con el deber de confidencialidad de los inspectores de consumo, afirmábamos:

El objetivo del establecimiento de un deber de secreto se vincula al hecho de que determinados profesionales reciben, para el cumplimiento de sus funciones, una información cuyo acceso debe estar reservado para garantizar las relaciones de confianza entre estos y los sujetos auditados. De no ser así, los sujetos intervenidos quedarían en una posición de inseguridad jurídica que les dificultaría el cumplimiento de sus obligaciones de suministro de información a la Intervención.

Pero en cualquier caso, este deber de confidencialidad declarado en una norma no puede entenderse en términos absolutos, tal y como hemos indicado en relación con el deber de confidencialidad en el ámbito tributario. Como señalábamos en la Resolución 78/2016, de 3 de agosto:

"[...] que la instauración del deber de confidencialidad por parte de la Administración se orienta esencialmente a la preservación de los derechos e intereses de los obligados tributarios. Así se desprende del artículo 34.1.i LGT, que, al enumerar los 'Derechos y garantías de los obligados tributarios', incluye el siguiente: 'i) Derecho, en los términos legalmente previstos, al carácter reservado de los datos, informes o antecedentes obtenidos por la Administración tributaria, que sólo podrán ser utilizados para la aplicación de los tributos o recursos cuya gestión tenga encomendada y para la imposición de sanciones, sin que puedan ser cedidos o comunicados a terceros, salvo en los supuestos previstos en las leyes'.

"Por lo tanto, en buena medida, el art. 95 LGT se encarga de configurar y desarrollar el derecho al carácter reservado de los datos que ostentan los obligados tributarios..." (FJ 4º).

A mayor abundamiento, como sostuvimos en el Fundamento Jurídico Cuarto de la Resolución 144/2017:

"[...] es preciso tener presente que, en casos como el que nos ocupa, frente al deber de confidencialidad del art. 95 LGT –proyección del derecho de los obligados tributarios ex art. 34.1 i) LGT- se sitúa el derecho de acceso a la información pública, que enraíza inmediatamente en el propio texto constitucional, en cuanto

plasmación del mandato establecido en el art. 105 b) CE, que impone al legislador regular 'el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas'. Aún más; se trata de un derecho que, al igual que el derecho fundamental a comunicar o recibir libremente información veraz [art. 20.1.d) CE], está esencialmente orientado a asegurar una institución política capital, a saber, la 'opinión pública libre' (en este sentido, Resolución 42/2016, FJ 6º). Vinculación estrecha con el derecho fundamental a la libertad de información que, de forma gradual pero manifiesta, se ha ido abriendo paso en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, conforme a la cual han de interpretarse nuestros derechos fundamentales según exige el artículo 10.2 CE [baste citar algunas de las más recientes: la Sentencia Rosiianu v. Rumanía, de 24 de junio de 2014 (§ 64), la Sentencia de la Gran Sala Magyar Helsinki Bizottság v. Hungría, de 8 de noviembre de 2016 (especialmente, § 132 y §§ 151-169) y la Decisión Sioutis v. Grecia, de 29 de agosto de 2017 (§§ 24 y 25)].

"Pero de esto ya era consciente el Parlamento andaluz cuando aprobó la LTPA, como lo acredita que en su Exposición de Motivos se reconozca que, con la misma, se pretende 'garantizar, conforme al artículo 20.1.d) de la Constitución Española, el derecho a recibir libremente información veraz de los poderes públicos y, conforme al artículo 105.b) de la Constitución española, el acceso de los ciudadanos a la opinión pública' (Exposición de Motivos IV)." "En suma, el sentido y alcance del art. 95 LGT han de ser reinterpretados a la luz de las nuevas exigencias impuestas a las Administraciones por la LTPA, tal y como quisimos significar en la citada Resolución 78/2016 (FJ 4º): 'En este marco normativo renovado por la legislación en materia de transparencia, se hace evidente que no basta –si es que alguna vez bastó- la aplicación puramente mecánica del art. 95 LGT, en sus propios términos literales, para eludir proporcionar la información solicitada. Antes al contrario, es preciso analizar y valorar, a la luz de las circunstancias concurrentes en el caso concreto, si y en qué medida los derechos e intereses del obligado tributario –a cuya tutela se encomienda el deber de confidencialidad de la Administración tributaria- han de prevalecer sobre el derecho de acceso a la información pública"

Esta interpretación ha sido confirmada por el Tribunal Supremo en su Sentencia 257/2021, de 24 de febrero, en la que afirma:

"La ley General Tributaria ha de interpretarse en el conjunto del ordenamiento jurídico y a la luz de las nuevas garantías introducidas en la Ley 19/2013, de Transparencia, lo que lleva a concluir que su regulación no excluye ni prevé la posibilidad de que se pueda recabar información a la Administración Tributaria sobre determinados elementos con contenido tributario, al ser de aplicación la DA 1ª de la Ley de Transparencia, como sucede en los supuestos en el que la información no entra en colisión con la el derecho a la intimidad de los particulares -a los que se reconoce el derecho a la limitación de acceso en el artículo 34 de la propia Ley General Tributaria-, o cuando, los datos que obran en poder de la Administración pueden ser necesarios para que los ciudadanos puedan hacer valer sus derechos, o puedan estar informados de la actuación pública, información que ha de ajustarse a los límites que la propia Ley de Transparencia establece en su artículo 14 y a la protección de datos del artículo 15."

Procedería pues analizar si el acceso a la información afectaría a los derechos e intereses de los establecimientos inspeccionados, que no es sino el bien jurídico a proteger por el deber de confidencialidad antes indicado. Este análisis deber realizarse a la luz de la normativa de transparencia.

Por ello, no podemos compartir la argumentación del Ayuntamiento, que no está vinculado por la declaración de confidencialidad en la tramitación de una solicitud de acceso a la información acorde a la normativa de transparencia. La entidad reclamada no puede obviar que el citado artículo 133.1 LCSP comienza indicando que "*Sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación vigente en materia de acceso a la información pública y de las disposiciones contenidas en la presente Ley relativas a la publicidad de la adjudicación y a la información que debe darse a los candidatos y a los licitadores...",* por lo que ya prevé la coexistencia de ambas normas y de la necesidad de ofrecer una decisión integrada.

De hecho, esta postura parece que ya era compartida por los órganos consultivos en materia de contratación, en lo referente al acceso a la documentación por otros licitadores en el marco del procedimiento de contratación. Así, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su informe 40/14, de 1 de diciembre de 2016, indica expresamente que:

(...) 3º) El órgano de contratación no queda vinculado por la declaración de confidencialidad que eventualmente formule una empresa. En este sentido esta Junta Consultiva en su informe 46/09 ya manifestó que "es la empresa licitadora la que debe declarar la confidencialidad, (...) y que el órgano de contratación no está vinculado absolutamente por esta declaración sino que, antes al contrario, debe verificar el mantenimiento de un adecuado equilibrio de los derechos de los licitadores."

4º) El órgano de contratación está legalmente obligado a justificar en el expediente porqué la información cuya divulgación pretende impedir el candidato o licitador puede perjudicar de manera concreta y efectiva, y no meramente hipotética, sus intereses comerciales legítimos o la competencia leal de sus competidores con éste. Y el candidato o licitador, por su parte, está obligado a motivar la designación de una determinada información o documentación como confidencial.

En el mismo sentido, se había pronunciado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón en su Informe 15/2012, si bien antes de la vigencia de la normativa de transparencia ("*La extensión de la confidencialidad a toda la propuesta por un licitador es improcedente y, en caso de que se produzca, corresponderá al órgano de contratación determinar aquella documentación de la empresa adjudicataria que, en particular, no afecta a secretos técnicos o comerciales o no se corresponde con aspectos confidenciales, siendo necesario que se justifique debidamente en el expediente*").

Esta afirmación se ve reforzada por nuestra ya reiterada doctrina de la necesidad de hacer un análisis individualizado de las peticiones de información, sin que quepa establecer apriorísticamente materias que queden vedadas del acceso.

Y es que en este supuesto, el órgano se ha limitado en la resolución de acceso a hacer suya la declaración de confidencialidad de la empresa adjudicataria, sin incluir ninguna argumentación complementaria que justifique la aplicación de la cláusula a toda la información solicitada.

Sexto. En lo concerniente al límite relativo a los intereses económicos y comerciales, conviene comenzar indicando que los intereses en los que se puede basar la Administración para denegar el acceso no son sólo "*los intereses propios de la concreta institución a la que se solicita la información, sino que también puede recurrirse a este límite en defensa de los intereses del sector privado*", según sostuvimos en el FJ 8º de la Resolución 42/2016.

Por lo demás, parece evidente que la pretensión de mantener reservados ciertos datos comerciales constituye una manifestación fundamental de los intereses protegidos por el artículo 14.1.h) LTAIBG. Y en la Resolución 120/2016 (FJ 5º) ya tuvimos ocasión de realizar una aproximación al alcance de estos intereses al abordar la noción de "secreto comercial", que partía -como no podía ser de otra manera- del sistema conceptual de la Directiva (UE) 2016/943 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2016, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas:

> *"[...] de la repetida Directiva cabe inferir determinados elementos estructurales del concepto "secreto comercial", los cuales, por lo demás, ya se habían asumido con anterioridad en otros países de nuestro entorno [así, la Sentencia del Tribunal Constitucional federal alemán, de 14 de marzo de 2006, número marginal 87, BVerfGE 115, 205 (230)]. Por una parte, la información que se quiere mantener secreta debe versar sobre hechos, circunstancias u operaciones que guarden conexión directa con la actividad económica propia de la empresa. Por otro lado, debe tratarse de una información que no tenga carácter público, esto es, que no sea ya ampliamente conocida o no resulte fácilmente accesible para las personas pertenecientes a los círculos en que normalmente se utilice ese tipo de información. En tercer término, debe haber una voluntad subjetiva de mantener alejada del conocimiento público la información en cuestión. Y, finalmente, dado que no basta con la concurrencia de este elemento subjetivo, también es necesaria la existencia de un legítimo interés objetivo en mantener secreta la información de que se trate. Interés objetivo que, obviamente, debe tener naturaleza económica, y que cabrá identificar -por ceñirnos a lo que a este caso concierne- cuando la revelación de la información refuerce la competitividad de los competidores de la empresa titular del secreto, debilite la posición de ésta en el mercado o le cause un daño económico al hacer accesible a los competidores conocimientos exclusivos de carácter técnico o comercial".*

La transposición de la Directiva se realizó a través de la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales, cuyo artículo 1 establece una definición de secreto empresarial que coincide con la indicada anteriormente.

En un sentido similar se ha pronunciado el Criterio Interpretativo 1/2019, del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, que define los intereses económicos y comerciales como:

> "*... aquéllas posiciones ventajosas o relevantes del sujeto o sujetos en el ámbito del mercado o de la creación y producción de bienes y servicios cuya divulgación pudiera comprometer la competencia entre ellos y otros sujetos o la integridad de los procesos de negociación en que intervengan".*

En este supuesto, parece claro que la información solicitada puede considerarse como incluida en el concepto interés comercial o económico de la adjudicataria del contrato, ya que se trata de información que es secreta, que ha tratado de mantener en secreto (declarándola confidencial) y que contiene un valor empresarial, ya que le coloca en una posición de ventaja en relación con otros competidores en el mercado.

Séptimo. Como antes indicamos, el siguiente paso que el operador jurídico ha de emprender para valorar adecuadamente la aplicabilidad de los límites a los casos concretos reside en comprobar si cabe identificar "*el riesgo de un perjuicio "concreto, definido y evaluable" en el supuesto de concederse el acceso*", así como la existencia de "*una relación de causalidad entre el perjuicio y la divulgación de la información solicitada*" (Resoluciones 81/2016, 120/2016, 31/2017 y 52/2017).

Según viene puntualizando de modo constante la jurisprudencia acuñada en el marco de la Unión Europea, para que pueda legítimamente restringirse el derecho de acceso ha de invocarse el riesgo de un menoscabo al interés protegido por el límite que "*debe ser razonablemente previsible y no puramente hipotético*" [Sentencia de 15 de septiembre de 2016 (*Herbert Smith Freehills/Consejo*), apartado 33; Sentencia de 17 de octubre de 2013 (*Consejo/Access Info Europe*), apartado 31; Sentencia de 21 julio de 2011 (*Suecia/ MyTravel y Comisión*), apartado 76; Sentencia de 1 de julio de 2008 (*Suecia y Turco/Consejo*), apartado 43; asimismo, la Sentencia de 13 de abril de 2005 (*Verein für Konsumenteninformation/Comisión*), apartado 69]. O para decirlo en los términos que ya empleó este Consejo en la Resolución 42/2016, "*la aplicación de este límite exige que se argumente la existencia de un riesgo real, actual y concreto para tales intereses, no bastando la exposición de meras conjeturas ni la mención de remotas o hipotéticas posibilidades de que se irrogue un perjuicio con motivo de la divulgación de la información*" (FJ 9º).

El citado Criterio Interpretativo establece las siguientes pautas para considerar que se produce un daño a los intereses económicos y comerciales:

1º. Valorar todas las cuestiones que resulten de aplicación con identificación de los intereses económicos y comerciales que se ven afectados.

2º. Destacar la incidencia comercial o económica de la información que se solicita.

3º. Valorar en qué medida concreta proporcionar la información dañaría los intereses económicos y comerciales de una organización. Para ello, se pueden aportar datos concretos, objetivos, evaluables y efectivos que avalen la posible aplicación del límite y su incidencia en la posición competitiva de la entidad afectada. En la determinación del daño es importante analizar si la información a proporcionar es de común conocimiento o si la misma es fácil de averiguar o reproducir por parte de los competidores, en el caso de que la actividad se desarrolle en concurrencia competitiva.

4º. Determinar el nexo causal entre el acceso a la información solicitada y el daño a los intereses económicos y comerciales de la entidad presuntamente perjudicada.

Procedería pues analizar si las circunstancias que se exigen para entender que se produce un daño al bien jurídico protegido concurren en este supuesto.

A la vista de la información contenida en el expediente, podemos afirmar que el acceso a la información puede provocar un riesgo real, actual y concreto para los intereses económicos y comerciales de la adjudicaria del contrato, que indica expresamente que "*nuestro proyecto es nuestro verdadero valor estratégico en las licitaciones en las que participamos, y en caso de ser mostrado, tal y como hemos citado antes, afectaría a nuestra competencia en el mercado, ya que, de ser mostrada, por un lado, esto nos podría igualar en futuras licitaciones, y por otro, se expondrían de manera pública ventajas competitivas que son fruto de nuestro esfuerzo, intelectual y económico, caso de que no fuese respetada su confidencialidad*".

Resulta evidente que el acceso a la información, que puede ser objeto de propiedad intelectual o industrial de la adjudicataria, permitiría a otras entidades utilizarla para futuras licitaciones al tratarse de aspectos a valorar, lo cual afectaría a la posición competitiva en el mercado de la titular del proyecto.

Octavo. Constatado la existencia parcial de un perjuicio real al bien jurídico protegido, procede ponderar si ese perjuicio resulta o no de mejor protección que el interés público en el acceso a la información solicitada.

Pues bien, aun aceptando que el acceso a la información solicitada que ahora nos ocupa pueda afectar a los intereses económicos y comerciales de la empresa adjudicataria, en este caso primaría el interés público en el acceso, al menos a parte de la información. Además de que no explicitar el eventual perjuicio que acarrearía facilitar esta concreta información (perjuicio que en todo caso sí ha sido invocado por la empresa adjudicataria), la entidad reclamada se limita a señalar –no a este Consejo- en su decisión denegatoria *"por haber sido designada como confidencial por el licitador en el momento de presentar su oferta"*. Sin perjuicio de lo que se ha indicado anteriormente sobre la vinculación de la entidad a la declaración de confidencialidad de la empresa, a nuestro juicio, por el contrario, es manifiesto el interés público en que pueda accederse a la información presentada por la adjudicataria del contrato, tomando en consideración, que es el documento en donde se detalla la forma en la que se ejecuta el trabajo objeto de la contratación, y que permitiría por tanto conocer el correcto desarrollo de los trabajos y por tanto el destino de los fondos públicos.

De hecho, este Consejo ha tenido ocasión de pronunciarse en iguales términos en un supuesto similar (Resolución 81/2016):

> *"Pues bien, aun aceptando que la Memoria que ahora nos ocupa esté protegida por la propiedad intelectual, en opinión de este Consejo no se satisface el resto de los requisitos precisos para la aplicación del límite. Además de que no explicita el eventual perjuicio que acarrearía facilitar esta concreta información, el órgano reclamado se limita a señalar –y esto ya en su informe- que en su decisión denegatoria "ha atendido a las circunstancias del caso concreto, especialmente a la falta de concurrencia de un interés privado superior que pudiera justificar el acceso". A nuestro juicio, por el contrario, es manifiesto el interés público en que pueda accederse a la Memoria presentada por la*

adjudicataria del contrato, tomando en consideración, por una parte, que es el documento en donde se detalla la forma en la que se ejecuta el trabajo objeto de la contratación, y, por otro lado, la puntuación considerablemente alta que se asignaba a la misma para la valoración de los candidatos (hasta 50 puntos)"

En esta valoración, debemos tener en cuenta diversas circunstancias.

En primer lugar, el propio artículo 133.1 LCSP establece que "*El deber de confidencialidad del órgano de contratación así como de sus servicios dependientes no podrá extenderse a todo el contenido de la oferta del adjudicatario ni...*" Si bien la información solicitada no contiene toda la oferta de la entidad adjudicataria, el precepto ya prevé una limitación respecto a la aplicación de la cláusula de confidencialidad, que como decimos, no tenemos constancia que haya sido extendida a toda la oferta de la adjudicataria.

En segundo lugar, el Pliego de Prescripciones Técnica que rigió la licitación estableció el contenido del Plan de Actuación, concretamente "*...describirá de forma pormenorizada la propuesta de prestación del servicio, cronograma y metodología para el desarrollo y ejecución del mismo, así como los medios materiales y personales que se asignarán por la empresa para la realización del contrato, que redunden en la mejor prestación del servicio en los términos descritos tanto en los pliegos administrativos como en estos pliegos técnicos*".

A esto añade un contenido mínimo:

a) Memoria sobre la organización del servicio que se pretende prestar en el municipio, metodología para el desarrollo y ejecución del mismo.

b) Personal del que se proveerá el licitador para la prestación del servicio especificando la habilitación y justificando el cumplimiento de los requisitos mínimos establecidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas.

c) Medios materiales y técnicos del que se proveerá el licitador para la realización del servicio, justificando el cumplimiento de los requisitos mínimos establecidos en este Pliego de Prescripciones Técnicas.

d) Estructura organizativa y capacitación.

El Pliego establece igualmente unos criterios para la valoración de los planes presentados:

Se valorará la importancia de las medidas y medios concretos propuestos por cada licitador, en función de su relevancia a la hora de contribuir a la consecución de los fines últimos que se persiguen con el contrato, la metodología de trabajo propuesta por los respectivos licitadores; y la coherencia de las medidas propuestas en relación con la consecución de los objetivos propuestos.

La valoración de cada uno de los apartados anteriores, relativos al Plan de Actuación conforme al cual se desarrollará el servicio (para lo cual se describirá de forma detallada y clara), se efectuará de conformidad con los siguientes criterios:

- Planificación de la organización del servicio para la consecución de los objetivos y método de cumplimiento de las

necesidades de manera satisfactoria: Hasta 10 puntos.

- Recursos humanos destinados in situ en las instalaciones: número de efectivos, jornadas, porcentaje de jornada, de la dotación de personal para la prestación del servicio; así como medios materiales y técnicos incorporados: Hasta 10 puntos.

- Estructura organizativa de la empresa de servicio y su capacitación para el cumplimiento óptimo de los objetivos: Hasta 5 puntos.

Visto este contenido de los Pliegos, debemos tener en cuenta que parte de la información contenida en el Plan de Actuación ya debe haberse hecho pública, indirectamente, en la ejecución del contrato. Así, la información correspondiente a la planificación de la organización del servicio (que incluye los servicios de socorrismo, clases de natación, natación sincronizada, gimnasia acuática y otras actividades) debe haberse hecho pública para poder lógicamente ofertar los servicios a la ciudadanía. Igualmente, la información correspondiente a los recursos humanos y los medios materiales puestos a disposición de la ejecución del contrato pueden ser conocidos por cualquier usuario de los servicios ofertados. Esto es, todos aquellos aspectos incluidos en el Plan de Actuación que cualquier usuario de los servicios ofertados pueda conocer durante la ejecución del contrato (calendario y horarios de clases y otras actividades, información sobre el personal, recursos técnicos y materiales, etc), los que incluyan compromisos relacionados con la prestación del servicio, y que permitan a la ciudadanía valorar el cumplimiento del objeto del contrato en los términos comprometidos por la empresa adjudicataria. La calificación de esta información como "confidencial" por la empresa adjudicataria puede tener sentido durante la tramitación del procedimiento de contratación, pero deja, o cuanto menos, pierde sentido una vez que resulta adjudicataria del contrato y debe ejecutarlo. Este hecho reduce la intensidad del daño al bien jurídico protegido y justifica la prevalencia del interés público en el acceso.

Distinta consideración deben tener otros aspectos del Plan de Actuación que no tengan una repercusión pública directa, como la estructura organizativa de la empresa y su capacitación, cuestiones organizativas (turnos, sustituciones, etc.), o procesos internos de evaluación de la calidad. Esta información, entiende este Consejo, que si bien está relacionada con la ejecución del contrato, merece su protección al ser menor el interés público en el acceso en tanto en cuanto no repercute directa, sino indirectamente, en la prestación del servicio.

Y en tercer lugar, la persona solicitante ya ha tenido conocimiento del Informe Técnico elaborado por la Delegación de Deporte, que en parte permite a cualquier persona realizar un seguimiento de los compromisos adquiridos por la contratista, y que le habilitan a realizar un seguimiento, al menos parcial, de los mismos. Esto justifica que la denegación parcial del acceso se vea compensada por este acceso previo, conjugándose, en la medida de lo posible, todos los intereses en juego.

Noveno. En relación con la petición de información relacionada con las mejoras ofertadas, la entidad reclamada denegó el acceso alegando igualmente la confidencialidad declarada por la empresa adjudicataria. Sin embargo, la empresa adjudicataria en su escrito de alegaciones no reconoce la declaración de la mejora como confidencial, ya que este carácter se limita a la "oferta técnica", relacionada con el Plan de Actuación. De

hecho, se limita a afirmar que "*llevará a cabo la ejecución de las mismas durante cada uno de los años de servicio tal y como así se ha comprometido en su oferta.*".

Este hecho, unido a las características de la información contenida en la mejora, según se desprende del Informe Técnico elaborado por la Delegación de Deportes, nos hace considerar que en este caso prima el interés público en el acceso, ya que la información solicitada está relacionada con la prestación de varias actividades formativas complementarias, y que están relacionados directamente con la prestación del servicio. No resultaría por tanto de aplicación a esta información la limitación establecida en el artículo 14 LTAIBG.

Únicamente prevalecería el derecho de la empresa adjudicataria para aquellos aspectos de la mejora similares a los indicados anteriormente respecto al Plan de Actuación.

Décimo. En resumen, la entidad reclamada deberá poner a disposición de la persona reclamante:

a) El Plan de Actuación presentado, en aquellos aspectos que cualquier usuario de los servicios ofertados pueda conocer durante la ejecución del contrato (calendario y horarios de clases y otras actividades, información sobre el personal, recursos técnicos y materiales, etc), los que incluyan compromisos relacionados con la prestación del servicio y que permitan a la ciudadanía valorar el cumplimiento del objeto del contrato en los términos comprometidos por la empresa adjudicataria, en los términos del Fundamento Jurídico Séptimo.

b) La mejora presentada, en los términos del Fundamento Jurídico Octavo.

El Ayuntamiento de Cantillana (Sevilla) ha de ofrecer pues a la persona reclamante la información objeto de su solicitud, previa disociación de los datos personales que pudiera contener (art. 15.4 LTBG), y que no estén relacionados con el objetivo de la solicitud (DNI, direcciones particulares, estado civil, etc.).

Es preciso reseñar que la firma manual también se considera un dato personal y está sujeta a lo expresado anteriormente. Por otra parte, el código seguro de verificación (CSV) de los documentos firmados electrónicamente deberá ser ocultado en caso de que se haya suprimido algún dato del documento en cuestión cuya copia se facilite como respuesta a la solicitud de acceso a la información, o bien cuando el acceso a la correspondiente verificación pueda permitir la consulta de algún dato personal, no revelado en el documento, de la persona firmante, como puede ser, por ejemplo, el DNI.

En el caso de que la información haya sido publicada en cumplimiento de lo previsto en el artículo 13.1, e) LTPA, el Ayuntamiento podrá optar entre poner a disposición del reclamante la información solicitada, o bien facilitar el enlace o *link* que permita acceder directamente a la misma, en aplicación del artículo 22.3 LTBG.

Y en la hipótesis de que no exista alguna de la documentación referida, el Ayuntamiento deberá transmitir expresamente esta circunstancia al ahora reclamante.

Undécimo. Finalmente, por lo que hace a la puesta a disposición de la persona interesada de la información por parte de la Administración reclamada, hemos de recordar lo que establece el artículo

22.2 LTBG: *"Si ha existido oposición de tercero, el acceso solo tendrá lugar cuando, habiéndose concedido dicho acceso, haya transcurrido el plazo para interponer recurso contencioso administrativo sin que se haya formalizado o haya sido resuelto confirmando el derecho a recibir la información"*.

En virtud de los Antecedentes y Fundamentos Jurídicos citados se dicta la siguiente

RESOLUCIÓN

Primero. Estimar parcialmente la reclamación interpuesta por *XXX* contra el Ayuntamiento de Cantillana (Sevilla), por denegación de información publica.

Segundo. Instar al Ayuntamiento de Cantillana (Sevilla) a que, tan pronto como haya transcurrido el plazo previsto en el artículo 22.2 LTBG o, en el caso de que se interponga recurso contencioso administrativo, éste haya sido resuelto confirmando el derecho a recibir la información, ponga a disposición de la solicitante la información indicada en el Fundamento Jurídico Décimo. Asimismo, se remita a este Consejo, las actuaciones realizadas, incluyendo la acreditación del resultado de las notificaciones practicadas.

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Sevilla que por turno corresponda en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 8.3 y 46.1, respectivamente, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

EL DIRECTOR DEL CONSEJO DE TRANSPARENCIA
Y PROTECCIÓN DE DATOS DE ANDALUCÍA

Jesús Jiménez López

Esta resolución consta firmada electrónicamente